

VU Research Portal

Daadkrachtig door besluitloos optreden

Brouwer, J.G.; Schilder, A.E.

published in

Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb
2010

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Brouwer, J. G., & Schilder, A. E. (2010). Daadkrachtig door besluitloos optreden. In T. Barkhuysen (Ed.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (pp. 431-445). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Daadkrachtig door besluitloos optreden

Onmiddellijke ordehandhaving en de Awb

J.G. Brouwer & A.E. Schilder*

I Inleiding

De Algemene wet bestuursrecht heeft de afgelopen vijftien jaar zonder enige twijfel in belangrijke mate het verkeer tussen de burger en de overheid genormeerd. Met name bij bestuurlijke maatregelen die ingrijpen in de vrijheidssfeer van burgers kan de betekenis van een (algemene) wettelijke regeling die garanties biedt voor een zorgvuldige uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden nauwelijks worden onderschat.

In de sfeer van de handhaving komen deze eisen vooral tot uitdrukking in hoofdstuk 5 van de Awb met regels over toezicht op de naleving, de bestuursdwang en de dwangsom. Deze procedurele eisen houden oneerbiedig gezegd elementaire fatsoensnormen en omgangsvormen in voor de overheid die handhavend wenst op te treden en de kosten hiervan wenst te verhalen op een overtreder.

Een van de meest intrigerende bepalingen in dit hoofdstuk 5 is artikel 5:23:

‘Deze afdeling is niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.’

Wat wordt bedoeld met onmiddellijke handhaving van de openbare orde? De wetgever noemt het, maar maakt niet duidelijk wat het is of inhoudt. Uit de wetgeschiedenis blijkt evenmin precies waarom het gaat, ondanks enkele voorbeelden in de Memorie van Toelichting. De term komt ook nergens anders in wetgeving voor.

Uit de terminologie en ook de plaats van artikel 5:23 Awb in afdeling 5.3.1. Awb valt echter wel iets af te leiden. ‘Onmiddellijke handhaving’ duidt er op dat het ten eerste gaat om de handhaving van de openbare orde die geen uitstel duldt. Ten tweede moet het gaan om een manier van handhaven van de openbare orde die sterke verwantschap vertoont met een last onder bestuursdwang. Anders had de wetgever het immers niet nodig gevonden om een afdeling die bij bestuursdwang

* Prof. mr. J.G. Brouwer is hoogleraar algemene rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Groningen. Prof. mr. A.E. Schilder is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit.

van toepassing is bij deze wijze van handhaven van de openbare orde expliciet uit te zonderen.

Welke methode van handhaven van de openbare orde lijkt op bestuursdwang en dient onverwijld plaats te vinden? Dat is de eerste vraag waarop we ingaan. De tweede is of de onmiddellijke handhaving van de openbare orde zich nog voldoende onderscheidt van herstel mogelijkheden die de Awb (tegenwoordig) biedt om een verschil in bestuursrechtelijke waarborgen te rechtvaardigen. Geven de reguliere bestuursrechtelijke instrumenten van de bestuursdwang en de (preventieve) dwangsom niet voldoende mogelijkheden tot handhaving van de openbare orde? Dat brengt ons uiteindelijk tot de verhouding tussen de bevoegdheden van het openbare-orderecht en die van het algemene bestuursrecht. Dient deze verhouding niet (verdergaand) te worden genormeerd? Is de jubilerende Awb op dit onderdeel nog bij de tijd?

2 Twee wijzen van ordehandhaving

Een burgemeester beschikt over vele bevoegdheden om de openbare orde te handhaven. Deze zijn te vinden in een groot aantal bijzondere wetten in formele zin als ook in gemeentelijke verordeningen zoals de APV. Op grond hiervan kan hij bijvoorbeeld voorwaarden stellen bij het vergunnen van een evenement, of voorschriften geven en beperkingen stellen bij een betoging en ook kan hij aan iemand die andere personen lastig valt een gebiedsontzegging voor een deel van de stad opleggen.

De bevoegdheden zoals hier bedoeld zijn reguliere middelen ter handhaving van de openbare orde. De uitoefening wordt begrensd door voorwaarden die de wet stelt en eisen die uit ongeschreven recht voortvloeien. Bovendien kan de burgemeester ze slechts rechtmatig toepassen indien hij de verplichtingen van de Awb in acht neemt. Zo dient hij op basis van zorgvuldig onderzoek te komen tot een evenwichtig besluit dat op de voorgeschreven wijze bekend wordt gemaakt.

Worden deze besluiten van de burgemeester niet of gedeeltelijk niet nageleefd, dan kan hij besluiten een last onder bestuursdwang te geven. Indien die last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd, dan kan de burgemeester de last door feitelijk handelen zelf ten uitvoer leggen. Deze bestuursdwangbevoegdheid schikt zich volledig in ons bestuursrechtelijke systeem. In de last die door toezending of uitreiking bekend wordt gemaakt, staan de herstelmaatregelen omschreven en biedt de burgemeester een termijn waarbinnen uitvoering moet plaatsvinden.

In de visie van de wetgever is er echter niet altijd gelegenheid voor bestuurlijke beleefd- en correctheid. De burgemeester kan in de sfeer van de handhaving van de openbare orde geconfronteerd worden met omstandigheden waarin hij gedwongen wordt om razendsnel in te grijpen teneinde ernstige schade voor personen of aan zaken te voorkomen. Thorbecke sprak hier al over: 'Zal de openbare orde waar men haar verstoort of bedreigt, spoedig worden hersteld of gehandhaafd, het is nodig dat in het nemen van besluiten niet gedraald en het beslotene onmiddellijk uitgevoerd wordt.'¹

¹ Bijlagen II 1850-1851, MvT, p. 395.

Van een zodanige omstandigheid is bijvoorbeeld sprake in artikel 175 Gemw: de lokale noodsituatie. Als er op zondagmiddag een onaangekondigde veldslag uitbreekt tussen de supporters van Groningen en Ajax, dan is het voor de verantwoordelijke burgemeester en het onder hem ressorterende politiekorps ondoenlijk om de openbare orde te handhaven op een manier die volledig Awb-conform is. Het is met dit soort van situaties dat de Awb in artikel 5:23 Awb rekening wenst te houden. Op grond van deze bepaling hoeft de burgemeester een aantal waarborgen van afdeling 5.3.1 Awb die hij bij de toepassing van bestuursdwang in acht moet nemen bij de inzet van een noodbevel niet te respecteren. Het is immers onredelijk om van de burgemeester te verlangen dat hij ten tijde van ernstige wanordelikheden alle vormvereisten in acht neemt bij het nemen van zijn beslissingen. Men kan onmogelijk eisen dat hij in dit soort van hectische omstandigheden zijn besluiten op papier zet, ze toezendt of uitreikt alvorens ze in werking kunnen treden.² Het huidige artikel 5:31 lid 1 Awb staat de burgemeester echter toe om geen begunstigingstermijn te bieden en de last onmiddellijk zelf uit te voeren. En niets belet de burgemeester om het besluit conform artikel 5:31 lid 2 Awb achteraf op papier te zetten. Waarom dan toch die mysterieuze bepaling in artikel 5:23 Awb? Alvorens op deze vraag een antwoord te geven, gaan we eerst wat dieper in op wat de last onder bestuursdwang en het bevel ter handhaving van de openbare orde met elkaar gemeen hebben.

3 Verwantschap last en bevel

De wetgever veronderstelt dat het uitvaardigen van bijvoorbeeld een noodbevel zo veel overeenkomsten vertoont met het geven van een last onder bestuursdwang, dat er een uitzondering gemaakt dient te worden voor het in acht nemen van de waarborgen in afdeling 5.3.1. Is dit in werkelijkheid ook het geval?

Bij de last onder bestuursdwang gaat het – wanneer we spreken over ordehandhaving – om een opdracht van de burgemeester aan een overtreder om iets te doen of na te laten zodat de wettige situatie wordt hersteld. Voldoet de overtreder niet of niet tijdig aan een zodanige last, dan kan de burgemeester door feitelijk handelen de last zelf ten uitvoer leggen.

In een (dreigende) noodsituatie – anders dan veroorzaakt door een ramp of zwaar ongeluk dan wel de dreiging hiervan – kan de burgemeester een bevel geven aan een overtreder van een wettelijk voorschrift om zich conform de geldende wettelijke voorschriften te gedragen. Het gaat bij de handhaving van de openbare orde immers om handhaving van de rechtsregels die de orde in openbaar bepalen. Ook in dit geval zal de burgemeester overgaan tot feitelijk handelen met behulp van het onder zijn verantwoordelijk opererende politiekorps om het normconforme gedrag af te dwingen indien de overtreder niet of gedeeltelijk niet aan het bevel voldoet. Laten we als voorbeeld nemen een noodbevel dat de laatste jaren veelvuldig wordt toegepast en dat aan personen – vooral supporters van bezoekende voetbalclubs – de toegang tot een stad ontzegt:

² Art. 3:41 lid 2 Awb maakt bekendmaking op andere geschikte wijze mogelijk, maar met deze bepaling stond de wetgever een zeer specifieke casus voor ogen, namelijk die waarin het besluit tot toepassing van bestuursdwang niet kan worden uitgereikt of toegezonden.

‘Al degenen die kennelijk behoren tot de supportersaanhang van voetbalclub X en dat door bijvoorbeeld kleding, uitrusting, gedragingen of anderszins kenbaar maken dan wel als zodanig bekend zijn bij de politie, zijn verplicht zich verwijderd te houden dan wel te verwijderen uit de gemeente Y van 12.00 uur tot 24.00 uur, voor zover zij niet woonachtig zijn in de gemeente Y.’³

Met dit noodbevel wil een burgemeester voorkomen dat rivaliserende supportersgroepen met elkaar op de vuist gaan en zich schuldig maken aan bijvoorbeeld openlijke geweldpleging in de zin van artikel 141 Sr of vernieling in de zin van artikel 350 Sr. Proberen supporters als omschreven in het noodbevel toch naar de verboden stad gaan, dan zullen ze door de politie feitelijk worden tegengehouden zodat zij zich niet schuldig kunnen maken aan deze overtredingen.

De burgemeester gebruikt zijn bevelsbevoegdheid in dit geval goed beschouwd als een soort van bestuursdwangbevoegdheid. Over de reguliere bestuursdwangbevoegdheid beschikt hij niet, de wetgever heeft hem die niet toegekend bij overtreding van bepalingen in het Wetboek van strafrecht.

Overigens zou een creatieve burgemeester nog wel kans zien een reguliere last onder bestuursdwang op te leggen. Bijna altijd valt er wel een verordening aan te wijzen waarvan overtreding dreigt plaats te vinden. Dat kan de in verschillende gemeenten geldende APV-bepaling zijn op grond waarvan het in algemene zin is verboden de openbare orde te verstoren.⁴ In ons voorbeeld zou de burgemeester ook heel goed preventieve bestuursdwang kunnen toepassen op de overtreding van de (model) APV-bepaling die onnodig opdringen of uitdagend gedrag strafbaar stelt: ‘Het is verboden op de weg deel te nemen aan een samenscholing, onnodig op te dringen of door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot wanordelijkheden.’ Een nadeel van deze constructie is dat de burgemeester geen stadsverbod kan opleggen.

De politie handhaaft het noodbevel in opdracht van de burgemeester wanneer de dreiging immanent wordt. Door middel van feitelijk optreden – het uit elkaar houden van de rivaliserende supportersgroep – wordt de normschending voorkomen. Diezelfde verwantschap met de last onder bestuursdwang kan ook bestaan bij andere bevelen. Zo vertoont de zogenaamde lichte bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gemw een grote mate van symmetrie met het noodbevel. De burgemeester kan haar inzetten in situaties waarin sprake is van een actuele en concrete verstoring van de openbare orde, dan wel een concrete en ernstige vrees hiervoor. De wetsgeschiedenis laat zien dat gedacht is aan kortdurende en niet ingrijpende bevelen, zoals de opdracht aan voetbalsupporters om gebruik te maken van een

3 Een ander voorbeeld is het volgende. De burgemeester van Leiden ontzegt met een ‘persoonlijk noodbevel’ negentien mensen de toegang tot de gemeente tussen vrijdag 2 oktober 2009 14.00 uur en zondag 4 oktober 2009 10.00 uur. Deze persoonlijke noodbevelen acht de burgemeester noodzakelijk omdat tijdens de viering van het Leids Ontzet ‘naast de basismaatregelen de openbare orde en veiligheid niet afdoende kan worden verzekerd zonder buitengewone maatregelen’ (aldus de brief aan de gemeenteraad van 5 oktober 2009, kenmerk DIV-2009-15254).

4 Het is een erg vage bepaling waartegen wij weliswaar fundamentele bezwaren koesteren, maar die in de opvatting van de Hoge Raad rechtsgeldig is; zie: HR 30 januari 2007, AB 2007, 131, m.nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder.

bus voor het vervoer naar het stadion of het bevel tot beëindiging van een vechtpartij in een jeugdsociëteit.

Op die laatste situatie is de bevelsbevoegdheid van artikel 174 lid 2 Gemw echter veel meer toegesneden:

- ‘1. De burgemeester is belast met het toezicht op de openbare samenkomsten en vermakelijkheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven.
2. De burgemeester is bevoegd bij de uitoefening van het toezicht, bedoeld in het eerste lid, de bevelen te geven die met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid nodig zijn.’

Een nadere analyse leert dat de burgemeester ook met deze bevelsbevoegdheden de overtreding van wettelijke voorschriften uit vooral het Wetboek van strafrecht beëindigt dan wel voorkomt dat overtreding van strafbepalingen als openlijke geweldpleging, vernieling, vechterij etc. plaatsvindt. Ook deze bevelsbevoegdheden hebben derhalve – net als de noodbevelsbevoegdheid – duidelijk veel gemeen met de reguliere bevoegdheid van een last onder bestuursdwang. Wenst de wetgever nu dat een burgemeester bij de toepassing van deze bevelsbevoegdheden steeds de waarborgen van afdeling 5.3.1. niet in acht hoeft te nemen? Tegen die stelling pleit dat de wetgever in artikel 5:23 Awb niet spreekt van de ‘toepassing van de bevoegdheden’ ter onmiddellijke handhaving, maar slechts van ‘de onmiddellijke handhaving van de openbare orde’. En ook al zou de bedoeling van de wetgever een andere zijn geweest, er voltrekt zich de laatste jaren een ontwikkeling waarin de burgemeester – en overigens ook de rechter – in toenemende mate de waarborgen van de last onder bestuursdwang op deze bevelen toepast.⁵

4 Convergerende krachten

Is er een moment geweest dat de last onder bestuursdwang en de bevelen goed te onderscheiden vielen, tegenwoordig is het verschil nog flinterdun. Het unieke van het gemeentewettelijke instrumentarium ter handhaving van de openbare orde – preventief ingrijpen waarbij nauwelijks vormvoorschriften gelden – is al lang niet meer zo uniek. De last onder bestuursdwang heeft een evolutie doorgemaakt als gevolg waarvan preventief optreden ook hier niet meer onmogelijk is en de processuele waarborgen niet altijd onverkort gelden. In de volgende paragrafen staan we mede aan de hand van voorbeelden stil bij deze ontwikkeling.

⁵ Zie bijv. Rb Zwolle-Lelystad (Politierechter), 17 maart 2008, AB 2008, 257, m.nt. J.G. Brouwer. Zie ook Nationale ombudsman 25 april 1995, nr 95/68, LJN AN4274, AB 1995, 330, m.nt. PJS.

4.1 De last

De wetgever heeft – mede onder invloed van de rechtspraak inzake de last onder dwangsom⁶ – in toenemende mate water in de wijn van de regeling omtrent bestuursdwang gedaan. In geval van spoed mag volgens artikel 5:31 lid 1 Awb bestuursdwang worden toegepast zonder voorafgaande last. En indien de situatie dermate spoedeisend is dat een besluit niet kan worden afgewacht, kan terstond bestuursdwang worden toegepast, maar moet zo spoedig mogelijk nadien het besluit alsnog worden bekendgemaakt, aldus het tweede lid.

Het voorlopige eindpunt van deze ontwikkeling is artikel 5:7 Awb. Het codificeert de in de rechtspraak erkende mogelijkheid om iemand preventief een herstelsanctie op te leggen. Bij de preventieve last onder dwangsom eiste de rechter steeds dat de overtreding op zeer korte termijn te verwachten moet zijn. Artikel 5:7 Awb spreekt nu van ‘zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt’. Al naar gelang de situatie moet men denken aan enkele dagen dan wel enkele weken. Ten tweede moet het gaan om een (dreigende) overtreding van een concreet voorschrift. De Afdeling stelt de eis dat de overtreding in de beschikking moet zijn omschreven met die mate van duidelijkheid die uit een oogpunt van rechtszekerheid ten aanzien van handhavingsbeschikkingen is vereist.⁷

4.2 Het ordebevel

Het voorbeeld bij uitstek van een bevelsbevoegdheid is te vinden in artikel 175 Gemw. Kwamen noodbevelen vroeger betrekkelijk zelden voor, tegenwoordig zijn ze aan de orde van de dag.⁸ Het hek is van de dam gegaan toen de burgemeester van onze

6 Vz. ABRS 9 januari 1996, AB 1996, 202, m.nt. FM; ook ABRS 26 september 2001, AB 2002, 67, m.nt. F.R.Vermeer.

7 ABRS 4 september 1997, AB 1997, 396, m.nt. FM. Indien de burgemeester de bevoegdheid heeft een last onder bestuursdwang op te leggen, kan hij in plaats daarvan een last onder dwangsom opleggen. De rechtspraak kent al weer enige jaren de mogelijkheid van een preventieve dwangsom (Vz. ABRS 9 januari 1996, AB 1996, 202, m.nt. FM), nadat hiervoor in de memorie van toelichting bij de derde tranche Awb (TK 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 162) al een lans was gebroken. Dat kan zelfs gaan om een last onder dwangsom die geheel preventief is. Dat wil zeggen dat er nog geen enkele overtreding heeft plaatsgevonden van het type waarop het dwangsombesluit betrekking heeft. De reden om toch al een dwangsom op te leggen is dat het bestuursorgaan koste wat kost onomkeerbare gevolgen wil voorkomen. Aanvankelijk verbond de Afdeling een drietal voorwaarden aan het opleggen van een preventieve last onder dwangsom. Later is dit teruggebracht tot twee. De eis dat de overtreding ernstige schade met zich brengt, is inmiddels verlaten. Of door een overtreding ernstige schade dreigt te ontstaan, is voor het vaststellen van de bevoegdheid om preventief handhavend op te mogen treden niet langer van belang (zie bv Vz. ABRvS 21 mei 1999, *M en R* 1999, 97 m.nt. Uylenburg en ABRvS 29 september 2000, AB 2000, 474, m.nt. FM en ABRS 7 november 2001, AB 2002, 177, m.nt. GJ). Zie over het preventief aanzeggen van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom verder P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Kluwer-Deventer, derde druk 2005, p. 14 e.v.

8 Zie over het gebruik hiervan in de jaren tachtig en begin jaren negentig van de vorige eeuw M.A.D.W. de Jong, H.R.B.M. Kummeling, M.C. Burkens, *Het gebruik van gemeentelijke noodbevoegdheden*, W.E.J. Tjeenk Willink. Tal van actuele voorbeelden zijn eenvoudigweg te vinden met de bekende zoekmachines op internet.

hoofdstad in de beginjaren tachtig op bijna dagelijkse basis gebiedsontzeggingen is gaan uitvaardigen aan junks en dealers in de vorm van een noodbevel.

Hoewel de urgentie voor een noodbevel met deze inhoud na verloop van tijd – laten we zeggen drie maanden volledig – was verdwenen,⁹ heeft de rechter deze praktijk gedurende zo'n zestien jaren rechtmatig geoordeeld.

'Vanuit staatsrechtelijk perspectief bestaan grote bezwaren tegen deze constructie. De bevelsbevoegdheden zijn hiervoor niet bedoeld. Het feit dat de bevelen van te voren op papier kunnen worden gezet, gemotiveerd en bekendgemaakt vormt hiervan het perfecte bewijs. De burgemeester heeft de beschikking over deze bevoegdheden gekregen met het oog op onvoorziene situaties van ernstige wanordelijkheden en waarin de noodzaak om onmiddellijk in te grijpen zodanig groot is dat de burgemeester een maatregel kan uitvaardigen met voorbijgaan aan een democratisch gekozen orgaan. De inhoud van zo'n ordemaatregel is geheel aan de burgemeester om te bepalen. Hij mag hierbij zelfs van de wet – niet van de Grondwet – afwijken. De maatregelen worden feitelijk door de politie gehandhaafd. Overtreding levert – anders dan het reguliere gemeentelijke strafrecht – een misdrijf in de zin van artikel 184 Sr op. Het is bepaald niet de bedoeling dat een burgemeester als een soort autonome regelgever voorzienbare situaties gaat reguleren. Dat is aan de raad.'

Om de aanvaardbaarheid van de inzet van de noodbevelen op deze manier te vergroten, goot de burgemeester van Amsterdam ze in de vorm van een besluit, dat wil zeggen zette ze op schrift, motiveerde ze deugdelijk en maakte ze op de voorgeschreven wijze bekend. Als gevolg hiervan heeft het noodbevel een schijnbare metamorfose ondergaan van onmiddellijk ordebevel tot reguliere herstelsanctie. Het lijkt er nu zelfs op dat het noodbevel uitsluitend nog in de vorm van een besluit kan worden ingezet. De rechter eist het zelfs, zich hierbij beroepende op de wetgever.¹⁰ Burgemeesters in den lande conformeren zich hieraan. Hierbij doet er niet toe of het noodbevel zich richt tot een individu of dat het zich vrij abstract richt tot bijvoorbeeld een groep van mensen die van plan is een demonstratie te verhinderen. Hieronder staat een voorbeeld van een noodbevel van de burgemeester van Zwolle in laatstgenoemde zin.

Al degenen die kennelijk de intentie hebben op een of andere wijze de betoging van de NVU te verhinderen dan wel te verstoren, of anderszins de openbare orde te verstoren, – welke intentie bijvoorbeeld kan blijken uit gedragingen, uitlatingen, kleding, uitrusting en meegevoerde voorwerpen van de desbetreffende personen – zijn verplicht zich op eerste aanzegging van de politie te verwijderen en verwijderd te houden uit het gebied, zoals aangegeven op de bij dit besluit behorende plattegrond, op zaterdag 30 augustus 2008 van 10.00 uur tot zaterdag 30 augustus 2008 20.00 uur.

9 We gaan er van uit dat dit een redelijke termijn is waarbinnen het voor een raad mogelijk moet zijn om een verordening met een dergelijke bevoegdheid voor de burgemeester te creëren.

10 'Het burgemeesterlijk noodbevel is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, en wel een appellabel besluit'; (Zie MvT 26.735, nr. 3), aldus de Rb Zwolle-Lelystad (Politie-rechter), 17 maart 2008, AB 2008, 257 m.nt. J.G. Brouwer.

Zodanige bevelen worden steeds op schrift gesteld, gemotiveerd en vooraf bekend-gemaakt. Onder het besluit staat een bezwaarclausule zodat aan alle eisen van de Awb wordt voldaan.

Ook de lichte bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gemw wordt standaard ingezet in de vorm van een besluit, zo is onze indruk. Recente voorbeelden zijn die waarin de burgemeester van Eindhoven en later die van de Utrechtse Heuvelrug aan een pedofiele man de toegang tot de stad ontzegde door hem een gebiedsverbod voor de hele gemeente op te leggen op basis van artikel 172 lid 3 Gemw.¹¹ Andere voorbeelden zijn de zogenaamde FF-Kappebevelen waarmee de Rotterdamse burgemeester (eveneens op grond van deze bepaling) overlastgevende jongeren tot ander gedrag probeert te bewegen.¹²

Ook in artikel 172 lid 2 Gemw staat een bevelsbevoegdheid: 'De burgemeester is bevoegd overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde, te beletten of te beëindigen. Hij bedient zich daarbij van de onder zijn gezag staande politie.' De redactie van de bepaling roept veel associaties op met bestuursdwang. In de praktijk wordt deze bevoegdheid zelden ingeroepen. De regering deed er enige tijd geleden een beroep op als medegrondslag voor het verschijnsel dat te boek staat als persoonsgericht verstoren.¹³ De beslissingen van de burgemeester om tot verstoring van een persoon over te gaan, zijn door de civiele rechter destijds gekwalificeerd als van feitelijke aard.¹⁴

5 Last of bevel: geen lood om oud ijzer

Het gevolg van boven beschreven ontwikkelingen is dat het verschil tussen de bevoegdheid tot het geven van een bevel en die tot het geven van een last nauwelijks meer aanwezig lijkt. Soms maakt de burgemeester gebruik van een bevelsbevoegdheid, terwijl hij ook beschikt over een reguliere bestuursdwangbevoegdheid. Dat is verleidelijk, want de bevelsbevoegdheid bevat een zeer ruime mate van discretionariteit. De burgemeester kan allerhande maatregelen uitvaardigen, daar waar hem in het geval van een last onder bestuursdwang slechts een zeer beperkte mogelijkheid toekomt. Op een (dreigende) overtreding van de verordening die het verbiedt zich uitdagend te gedragen om wanordelijkheden uit te lokken, kan geen last worden gegeven die een stadsverbod inhoudt. Voor een zodanig bevel heeft de burgemeester één van de bevelsbevoegdheden nodig.

Ook anderszins zijn de bevoegdheden niet uitwisselbaar. De inzetbaarheid van de bevelsbevoegdheden van artikel 172 en artikel 175 is groter omdat voor het aannemen van een (dreigende) verstoring van openbare orde geen sprake hoeft te zijn van een (dreigende) schending van een specifiek wettelijk voorschrift. Bij de inzet van een bevel is vaak niet duidelijk welke (dreigende) schending van welk voor-

11 Rb. 's-Hertogenbosch, 27 oktober 2009, AB 2009, 387, m.nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder en Rb. Utrecht 3 december 2009, LJN: BK5246.

12 Zie hierover uitgebreid het WODC-Rapport: J. Winkels, *Kappen met asociaal gedrag*, Evaluatie van de pilot FF Kappe in Rotterdam, ITS, Nijmegen 2008.

13 Handelingen II 2005–2006, Aanhangsel van de Handelingen, 693, p. 1475–1476)

14 Vzgr. Rb. Amsterdam, 1 december 2005, AB 2006, 284 en Vzgr. Rb. Amsterdam 9 maart 2006, LJN AV4173, AB 2006, 389, beide met een annotatie van J.G. Brouwer.

schrift de burgemeester beoogt op te heffen. Het hoeft zelfs niet om een wettelijk voorschrift te gaan, het kan ook om niet-naleving van één van de zorgvuldigheidsnormen als onrechtmatige hinder of onrechtmatige gevaarzetting in de openbare ruimte gaan.

Er is nog een reden waarom de inzetbaarheid van een bevelsbevoegdheid aanzienlijk ruimer is. Een bevel kan zich ook heel goed richten tot niet-overtreders. Soms is het noodzakelijk een kleiner rechtsgoed op te offeren aan het grote rechtsgoed van het algemene belang. Die afweging mag de burgemeester maken. De burgemeester kan bijvoorbeeld het recht tot betoging tijdelijk opschorten om een verstoring van de orde te voorkomen. Dat verbod kan een groep van demonstranten treffen die part noch deel heeft aan de wanordelijkheden in de zin van overtreding van artikel 141 Sr.

Een verschil tussen bestuursdwang en specifiek het noodbevel is dat de burgemeester in het laatste geval kan afwijken van de wet. Dit is hem bij de reguliere bestuursdwang vanzelfsprekend niet toegelaten. Een ordebevel is niet steeds per definitie gericht op herstel van de situatie conform de wet. Soms moet de burgemeester kiezen uit twee kwaden en geeft hij een bevel waardoor een nieuwe situatie ontstaat die op haar beurt ook weer in strijd is met de wet, maar die op dat moment gezien de omstandigheden minder kwaad kan.¹⁵

Ook in hun effecten zit een belangrijk verschil. Bij een last onder bestuursdwang is kostenverhaal mogelijk. Bij een bevel in de vorm van een reguliere herstelsanctie is dat niet mogelijk, hoewel artikel 5:23 Awb daar geen stokje voor steekt.¹⁶ Het betreft dan niet de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Bij de handhaving van de openbare orde op grond van één van de bevelsbevoegdheden ontbreekt de mogelijkheid van kostenverhaal om principiële redenen. Dat standpunt is nog weer eens bevestigd bij het recent ingetrokken Voorstel van wet 'Doorberekening politiekosten'. Zowel de regering als de Tweede Kamer waren toen van mening dat de kosten van ordehandhaving ten laste moeten worden gebracht van de algemene middelen, omdat het om een kerntaak van de overheid gaat.¹⁷

6 Een last of bevel?

Laten we een en ander eens illustreren aan de hand van een casus. Stel dat aan de burgemeester op een dag 's morgens ter ore komt dat er ergens midden in het bos in zijn gemeente een tentenkamp is opgezet waarin een kleinschalig driedaags housefestival plaatsvindt van chaoten en autonomen met buitensporig alcohol- en drugsgebruik. Op overtreding van de evenementenverordening staat een straf-

¹⁵ Hij kan bijvoorbeeld een groep van demonstranten bevelen verkeersregels en -tekens te overtreden.

¹⁶ Er is overigens een voorbeeld waarin een burgemeester een noodbevel handhaaft met een last onder bestuursdwang en vervolgens de kosten op de overtreder verhaalt; ABRs 20 april 2001, AB 2001, 2002, 70 (Fumigation), m.nt. F.R.Vermeer. Dit betrof echter het voorkomen van een ramp dan wel een zwaar ongeval. Hoewel een dergelijke constructie prachtige vergezichten voerspiegelt, lijkt ons dit bij de ordehandhaving absoluut niet de bedoeling. Ordehandhaving dient immers ten laste van de algemene middelen te komen.

¹⁷ Zie de brief van ter de minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties van 18 juni 2008, Kamerstukken II, 2007-2008, 30 526, nr. 7.

rechtelijke sanctie. In dit geval hebben we echter met een situatie te maken die niet toelaat dat de overtreding uitsluitend en alleen achteraf wordt bestraft via het strafrecht. De burgemeester wenst dat de opbouw van het housefestival per onmiddellijk wordt gestaakt. Hoe kan hij dit hier voor elkaar krijgen?

Het verlenen van een evenementenvergunning is een competentie van de burgemeester. Artikel 174 Gemw lid 3 bepaalt immers dat de burgemeester belast is met de uitvoering van verordeningen die betrekking hebben op de in lid 1 genoemde onderwerpen. In artikel 174 Gemw worden de openbare samenkomsten expliciet genoemd. Dit betekent dat de burgemeester de evenementenvergunning verleent onder de voorwaarden die hij daaraan verbindt binnen de ruimte die de raad hem heeft verleend. Het houdt ook in dat het aan de burgemeester is om te in te grijpen bij een niet vergund evenement.

Indien de burgemeester gebruik maakt van reguliere middelen om de openbare orde te handhaven, dient hij alle waarborgen van de Awb onverkort in acht te nemen en dat geldt vanzelfsprekend ook voor de eisen die de bijzondere wet stelt alsmede de eisen die uit het ongeschreven recht voortvloeien.

In onze casus besluit de burgemeester om de organisatoren nog diezelfde morgen vanwege de niet-naleving van de evenementenverordening een last onder bestuursdwang te geven. Zij dienen per direct de opbouw van het evenement te staken. De preventieve last houdt in dat als de politie na 12.00 uur nog tenten aantreft, zij die op kosten van de organisatoren zal verwijderen. Vanwege de spoed is horen niet vereist. Vanwege het bieden van een begunstigingstermijn dient het besluit vooraf op schrift te worden gesteld.

De bekendmaking is op zich geen probleem. Ook al is de organisatiegraad zodanig laag dat er bijvoorbeeld geen sprake is van leiding en de namen van de deelnemers niet bekend zijn, dan toch is bestuursdwang mogelijk. Juist voor dit situatie eist artikel 3:41 lid 2 Awb slechts dat de last op een geschikte wijze wordt bekendgemaakt.

Veel meer dan deze inhoud kan de last onder bestuursdwang niet inhouden. Tegen de beslissing tot het toepassen van deze herstelsanctie staat rechtsbescherming open.

Heeft de burgemeester in een geval als dit nu ook de mogelijkheid om een bevel te geven? In beginsel niet, zelfs niet als hij dat in de vorm van een besluit giet en alle waarborgen van de Awb in acht neemt. Indien de burgemeester met behulp van de last onder bestuursdwang hetzelfde resultaat kan bereiken als met een bevel – in dit geval op grond van de toepassing van artikel 174 lid 2 Gemw – dient hij te kiezen voor de reguliere bestuursdwangbevoegdheid. De bevelsbevoegdheid is bedoeld voor een situatie waarin de reguliere bevoegdheid niet ter beschikking staat of geen adequate oplossing biedt.¹⁸

Dat geldt overigens ook voor de andere bevelsbevoegdheden. Argumenten hiervoor bevinden zich in de sfeer van de wetsystematiek en de bedoeling van de wetgever.¹⁹ Overigens kunnen argumenten hiervoor ook worden ontleend aan het

18 Zie ABRvS 14 mei 1996, JB 1996, 169 m.nt. BvM, RAwb 1996, 108, m.nt. De Jong.

19 In het geval van art. 172 lid 3 is dit evident mede gezien de wetsgeschiedenis; HR 2008 11 maart 2008, AB 2008, 163, m.nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder.

subsidiariteits-, het proportionaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel, alsmede de voorzienbaarheidseis die met name uit verdragsbepalingen voortvloeit.

De toepassing van de bevelen moet een uitzondering blijven. De bevelsbevoegdheden van de burgemeester bieden een basis voor verlegenheidsoplossingen, niet meer dan dat. Een leerstuk als bijvoorbeeld de beginselplicht tot handhaving kan op deze bevoegdheden niet van toepassing zijn. Dat zou de verantwoordelijkheid van de burgemeester ver te boven gaan. Aan hem zou dan ook kunnen worden gevraagd te handhaven bij overtreding van bepalingen uit het Wetboek van strafrecht.

Terug naar de casus. In de sfeer van preventie schuilt in de bevelsbevoegdheden meer ruimte dan in de bevoegdheid om een last onder bestuursdwang op te leggen. Voor een preventieve last in de zin van het preventief aanzeggen – niet toepassen – van bestuursdwang is een klaarblijkelijk gevaar op een overtreding van een specifiek voorschrift vereist. Daarvan was in ons voorbeeld zeker sprake. De burgemeester kan daarom in dit geval alleen de reguliere bestuursdwangbevoegdheid inzetten. Dat is ook vanuit een oogpunt van kostenverhaal verstandig. Mochten de chaoten en autonomen de last niet uitvoeren dan zal de politie de tenten zelf moet afbreken, maar kunnen de kosten worden verhaald.

Stel dat de burgemeester op de hoogte geraakt van het feit dat rechtse extremisten de chaoten en autonomen bij het verlaten van het bos zullen opwachten om ze ‘mores’ te leren. De burgemeester kan in zijn last geen route voorschrijven langs een beveiligde weg. Hiervoor zou hij een apart besluit moeten opstellen op grond van zijn bevoegdheid in artikel 172 lid 3 Gemw. Uit een oogpunt van efficiëntie lijkt het misschien handig om dan toch één besluit op te stellen op grond van artikel 172 lid 3 Gemw. Vanuit rechtseconomisch perspectief is dat echter allesbehalve een juiste veronderstelling, want dan is kostenverhaal uitgesloten.

7 Onmiddellijke handhaving

In deze paragraaf keren we weer terug naar het wetsartikel waarom het in deze bijdrage allemaal om begonnen is: artikel 5:23 Awb. We constateerden dat er ondanks een tendens om van de ordebevelen reguliere besluiten te maken nog wel degelijk wezenlijke verschillen bestaan tussen de bevoegdheid tot het geven van een last en die tot het uitvoeren van een bevel. In deze paragraaf gaan we in op de vraag onder welke omstandigheden artikel 5:23 van toepassing is en de burgemeester ontheven is van zijn plicht om bij het nemen van een (nood)bevel de eisen van afdeling 5.3.1 Awb in acht te nemen. Alvorens daarop in te gaan kijken we wat preciezer naar de effecten van de genoemde bepaling.

7.1 Effecten van artikel 5:23 Awb

Bij de onmiddellijke handhaving van de openbare orde dient de burgemeester niet al te zeer gehinderd te worden door allerlei eisen en voorwaarden die de Awb stelt. Een kernbepaling in afdeling 5.3.1. Awb ten tijde van de introductie van artikel 5:23 was het toenmalige artikel 5:24. Hierin stonden verschillende waarborgen die de burgemeester bij een onmiddellijk bevel niet acht hoefde te nemen. Uit de

totstandkomingsgeschiedenis van de vierde tranche blijkt dat de wetgever hierin materieel geen verandering heeft willen brengen.²⁰

Dit betekent dat de burgemeester het bevel niet (a) op schrift hoeft te stellen, (b) hierin niet hoeft te vermelden welk voorschrift wordt overtreden en (c) het bevel niet bekend hoeft te maken aan de overtreder op de manier die de Awb voorschrijft en (d) geen termijn hoeft te stellen waarbinnen belanghebbenden de tenuitvoerlegging kunnen voorkomen door zelf maatregelen te treffen.

De door de wetgever uitgezonderde eisen betreffen stuk voor stuk essentiële waarborgen voor burgers. Er bestaan echter goede redenen om ze bij de onmiddellijke ordehandhaving uit te sluiten. Voor het vooraf op schrift stellen van een onmiddellijkheidsbevel ontbreekt in een crisis- of noodsituatie eenvoudigweg de benodigde tijd. Het gaat immers om een onvoorziene situatie waarin een plotseling gevaar voor de orde dreigt en waarin er iets op zeer korte termijn moet gebeuren.

Dit heeft meteen enorme consequenties, want op grond hiervan moeten we concluderen dat een onmiddellijk bevel geen besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. En dat betekent dat de eisen van de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 hoofdstuk 3 'Algemene bepalingen over besluiten' slechts van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet, zoals artikel 3:1 lid 2 Awb dit formuleert. Dit betreft de zorgvuldige voorbereiding, het verbod van détournement de pouvoir, het specialiteitsbeginsel, de belangenafweging en de evenredigheid.²¹

Indien een bevel geen besluit is, dan gelden de Awb-eisen inzake de bekendmaking evenmin. De bekendmakingseis is echter zo wezenlijk en fundamenteel dat we moeten aannemen dat het bevel wel op de een of andere manier aan de betrokkenen is medegedeeld. Die opvatting komen we ook in de jurisprudentie tegen.²² De (potentiële) ordeverstoorers moeten weten waaraan ze zich hebben te houden, maar de bekendmaking hoeft niet op de manier die de Awb voorschrijft.²³ Hoewel artikel 3:40 Awb inzake de inwerkingtreding van besluiten dus formeel niet van toepassing is, nemen we toch aan dat de inhoud van het bevel op de een of andere manier aan de ordeverstoorers ter ore moet zijn gekomen alvorens het aan hen kan worden toegeworpen.

De bekendmaking van het noodbevel is voor de strafrechtelijke vervolging wegens het niet naleven van een ambtelijk bevel in verband met het legaliteitsvereiste een

20 De motivering in de MvT luidt: 'Het eerste en het tweede lid van het huidige artikel 5:24 kunnen vervallen. Dat een last onder bestuursdwang een beschikking is, volgt uit de aard van die last in combinatie met de omschrijving van het beschikkingsbegrip in artikel 1:3, tweede lid.'

21 Van overeenkomstige toepassing voorzover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet, betekent niet dat er aan de zorgvuldige voorbereiding geen eisen kunnen worden gesteld. Hierbij kan echter niet zo'n strenge maatstaf worden aangelegd als bij de voorbereiding van besluiten. Het is echter onzinnig om te veronderstellen dat de eisen van hoofdstuk 2 Awb van toepassing zijn op het verkeer tussen burgers en bestuursorganen met hierin onder meer de verplichting voor de laatste om burgers toe te staan zich te laten bijstaan of vertegenwoordigen. Vanzelfsprekend geldt dit ook voor de eis van het horen.

22 Zie de uitspraak van de Rb. Almelo 25 januari 2006, AB 2006, 417, Gst. 7250, 67 inzake toepassing van het instrument van de bestuurlijke ophouding.

23 Zie J.G. Brouwer onder Rb. Zwolle-Lelystad (Politierechter), 17 maart 2008, AB 2008, 257.

fundamentele voorwaarde, maar niet noodzakelijk is dat de bekendmaking voldoet aan de eisen die artikel 3:41 Awb hieromtrent aan een besluit stelt.

De eis om het bevel te motiveren zoals voorgeschreven in afdeling 3.7 is evenmin van toepassing. Het kan natuurlijk wel zijn dat de burgemeester in de raad wordt gevraagd om nog eens uit te leggen waarom hij bijvoorbeeld gebruik heeft gemaakt van een noodbevel. Maar dat heeft betrekking op een politieke verantwoording en die verschilt wezenlijk van de eisen die de Awb stelt aan de motivering.²⁴

7.2 Wanneer onmiddellijke handhaving

Wat zijn situaties waarvoor artikel 5:23 Awb uitkomst moet bieden? In welke omstandigheden kan de burgemeester *besluitloos* optreden? Wanneer kan hij het zich permitteren allerlei vormschriften buiten beschouwing te laten en materiële eisen minder zwaar te wegen?

Niet doorslaggevend is de grondslag van de bevoegdheid. De toepassing van bijvoorbeeld artikel 172 lid 3, artikel 174 lid 2 of artikel 175 Gemw levert als zodanig onvoldoende indicatie op dat er sprake is van onmiddellijke handhaving. Als er aan alle voorwaarden is voldaan om één van deze bevoegdheden toe te passen maar er is voldoende tijd om het Awb-regiem te respecteren, dan is de burgemeester hier toe verplicht. Een situatie van grote urgentie waarin er geen gelegenheid is om het bevel (vooraf) op schrift te stellen is de eerste en vanzelfsprekende voorwaarde.

De Awb houdt bij bestuursdwang zelf echter al rekening met spoedeisende situaties. Tijdnood alleen kan derhalve geen reden zijn. Er zal ten tweede sprake moeten zijn van een situatie waarin aan de burgemeester het instrument van de last onder bestuursdwang niet ter beschikking staat.

Hieraan kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen. Het kan zijn dat de (dreigende) orderverstoring bestaat uit (vrees voor) massale overtredingen van bepalingen uit het Wetboek van strafrecht. Ook kan het gemis gelegen zijn in de omstandigheid dat lang niet alle mensen die de burgemeester wil raken met een beslissing een rechtsnorm hebben geschonden.

Stel voor dat aan een openlucht muziekfestival een vergunning is verleend, maar halverwege breekt er een massale vechtpartij uit tussen heavy metallisten en folk song aanhangers. In een dergelijke situatie moet de burgemeester per onmiddellijk kunnen optreden zonder gehinderd te worden door al te veel eisen. Het toepassen van bestuursdwang is geen optie, iedereen op het festival moet naar huis, ongeacht of hij of zij een wettelijk voorschrift heeft overtreden.

Soms is sprake van een situatie van ordeverstoringen waarin weliswaar iedere deelnemer waarschijnlijk wel een wettelijk voorschrift overtreedt, maar de burgemeester niet kan traceren wie precies welke rechtsnorm overtreedt. Het achteraf opstellen van een besluit met vermelding van het wettelijke voorschrift toegespitst

²⁴ Zie D. Brugman over een aanverwante problematiek in deze bundel: 'Grenzen aan de rechtsbescherming, Een eigen domein voor het staatsrecht'.

op elke individuele dader gaat dan niet. En een besluit van algemene strekking met een opsomming van een reeks bepalingen die zijn overtreden heeft geen enkele zin. Ook in dat geval is er voor de burgemeester geen titel om op te treden door middel van een last als bedoeld in de afdeling 5:3 Awb.

Ook kan het zijn dat de last onder bestuursdwang wel aan de burgemeester ter beschikking staat, maar deze geen adequate oplossing biedt. Het is bijvoorbeeld onmogelijk om een last op te leggen die het supporters van een voetbalclub verbiedt om op een bepaald dagdeel een stad te bezoeken. Ook in zo'n geval is het de burgemeester – mits aan de overige voorwaarden is voldaan – toegestaan zijn toevlucht te zoeken tot één van zijn bevelsbevoegdheden.

Een ordebevel richt zich – anders dan een last onder bestuursdwang – niet zozeer tot een overtreder, als wel tot een collectief met als doel de orde te herstellen dan wel te voorkomen dat die verstoord wordt. Het doet er eigenlijk niet toe of een ieder een bijdrage aan die verstoring levert. De situatie is zodanig dat het in het algemeen belang nodig is om maatregelen te nemen en te voorkomen dat de fysieke veiligheid in het openbaar verder in gevaar wordt gebracht. In die absolute noodzaak het collectief onder controle te brengen past de mogelijkheid van voorafgaande (individuele) rechtsbescherming niet. Wel kan iemand die een sanctie opgelegd heeft gekregen voor bijvoorbeeld het overtreden van een noodbevel, zijn zaak achteraf aan de strafrechter voorleggen.²⁵

8 Slot

De geestelijke vader van de gemeentewet 1851 – de eerdergenoemde Thorbecke – zag de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang, toen nog politiedwang geheten, als een inherente bestuursbevoegdheid.²⁶ Er is inmiddels veel veranderd. Sinds de invoering van de derde tranche Awb is de uitoefening van deze bevoegdheid strakker genormeerd, maar zijn ook allerlei *escapes* ontstaan die afwijking van vormvoorschriften toelaten. Eveneens van belang is dat de mogelijkheid van de (preventieve) herstelsanctie uitdrukkelijk erkenning heeft gekregen in de vierde tranche.

Daarnaast heeft er gelijktijdig een ontwikkeling plaatsgevonden waarin de (gemeentewettelijke) bevelsbevoegdheden voor de handhaving van de openbare orde steeds meer worden ingezet als reguliere herstelsancties. De toepassing van de oorspronkelijk voor de onmiddellijke handhaving van de openbare orde bedoelde bevoegdheden verloopt dan volledig Awb-conform, waardoor de ordebevelen veel verwantschap vertonen met de last onder bestuursdwang. Toch mag de burgemeester slechts onder strikte voorwaarden kiezen voor de toepassing van één van deze bevoegdheden. Aan hem komt geen vrije keuze toe, al was het maar omdat

25 De strafrechter moet, indien overtreding van art. 184 Sr is tenlastegelegd, controleren of het bevel krachtens wettelijk voorschrift is gegeven. Dan wordt de rechtmatigheid van het bevel onderzocht. In de strafprocedure dient het bevel op schrift gesteld te worden. De schriftelijkheid is – anders dan bij de last onder bestuursdwang – echter geen constitutief vereiste.

26 Zie voor een lezenswaardige beschouwing in dit verband de bijdrage van Gerdy Jurgens: Politiedwang, W.F. Prins en H.D. van Wijk, in: VAR Vereniging voor bestuursrecht, *Oude Meesters, Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, Kluwer-Deventer 2009, p. 57 e.v.

het democratisch gehalte van de maatregelen van de burgemeester niet bijster groot is. Het crisis- en noodinstrumentarium van de burgemeester vervult een bijzondere rol: zij kan niet als alternatief dienen voor het gebruik van reguliere bevoegdheden. Het moet bij toepassing van de bevelsbevoegdheden gaan om de (dreigende) overtreding van een rechtsnorm waartegen niet of niet adequaat kan worden opgetreden door middel van een last onder bestuursdwang. Helaas wordt in de rechtspraak niet consequent de hand gehouden aan deze 'tweewegenleer'.

Door de ontwikkeling van de praktijk dat burgemeesters bevelen in de vorm van besluiten gieten, voldoet artikel 5:23 Awb niet langer. Niet kan worden volgehouden dat het in een zodanige situatie gaat om de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Artikel 5:23 Awb vormt daarom geen beletsel voor de burgemeester om bij bevelen in de vorm van besluiten over te gaan tot kostenverhaal en zelfs niet om onder omstandigheden over te gaan tot het toepassen van de accessoire dwangmiddelen van afdeling 5.3.1 Awb. In een tweede lid van artikel 5:23 Awb zou expliciet tot uitdrukking moeten worden gebracht dat zulks bij de toepassing van de bevelsbevoegdheden onmogelijk is.

Van onmiddellijke handhaving is uitsluitend sprake als burgemeester onverwijld moet optreden tegen een ordeverstoring of dreigende ordeverstoring en de druk van de omstandigheden hem redelijkerwijs niet in staat stelt om de formele waarborgen in acht te nemen, noch de materiële eisen volledig recht te doen. De burgemeester treedt in dit geval op tegen een (dreigende) schending van een rechtsnorm waartegen hij niet of niet adequaat kan optreden met behulp van een last onder bestuursdwang en waarbij er van een zeer hoge urgentie tot ingrijpen sprake is. Hij neemt zijn beslissingen dan in de vorm van onmiddellijke ordebevelen.

Hiervoor vervult artikel 5:23 Awb een onmisbare functie. De bepaling staat de burgemeester en de onder zijn leiding opererende politie toe bij deze onmiddellijke handhaving van de openbare orde *besluitloos* op te treden. Weliswaar blijkt dit niet meer letterlijk uit de wet nu het eerste lid van artikel 5:24 Awb is komen te vervallen, maar dit is wat de wetgever vijftien jaren geleden veilig wenste te stellen. Doordat de onmiddellijke ordebevelen niet op schrift behoeven te worden gesteld, zijn ook andere Awb-eisen niet onverkort van toepassing. Dankzij de wijzigingen die zijn doorgevoerd in de inmiddels in werking getreden vierde tranche is de betekenis van artikel 5:23 er niet duidelijker op geworden, maar zonder deze bepaling kunnen we niet.

